

Monográfico.

El «Minotauro» del empleo temporal español: Crece el laberinto judicial

Presentación

La lucha es el trabajo eterno del Derecho. Desde el momento en que el Derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica. Los que critican este sentido del amor a la lucha por el Derecho, tienen que romper toda nuestra noble literatura y toda la historia de las artes, desde la Iliada de Homero. En la sentencia del poeta: es la última palabra de la sabiduría que solo se hace acreedor de sus derechos quienes cada día saben conquistarlos.

Rodolfo VON IHERING
La lucha por el Derecho

El hilo se ha perdido; el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos, o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo.

Jorge Luis BORGES
«El hilo de la fábula». Los Conjurados

1. Todos conocemos la celebridad mediática, además de política y judicial, lograda por la «trilogía sísmica»¹ de decisiones adoptada, respecto al empleo temporal español, por el nuevo *praetor/imperator* que es el TJUE. Tal es su fuerza/autoridad que, nacida para el sector público, rige ahora en el sector privado, por el efecto de irradiación provocado en la doctrina judicial por la «[sentencia De Diego Porras](#)». Pero si no hubiese sido así, ahora estaríamos hablando los laboristas –al igual que lo hacen, con agria polémica, también los civilistas, a propósito de la enmienda que le ha hecho a la otrora poderosa Sala Civil del Tribunal Supremo, en relación con los efectos retroactivos de las cláusulas suelo abusivas ([STJUE de 21 de diciembre de 2016](#))– igualmente de la jurisprudencia del «pretor comunitario».

¹ SSTJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos: [C-596/14, De Diego Porras](#); [C- 184/15](#) y [C-197/15](#) (acumulados), [Martínez Andrés y Castrejana López](#); y [C-16/15, Pérez López](#).

Por ejemplo, con relación con los despidos colectivos. Pese al «virtuosismo» aristotélico exhibido por la [STS de 17 de octubre de 2016, rec. núm. 36/2016](#) (que no se considera «rectificado» sino «ratificado», aunque complementado por el TJUE –el centro también como unidad de cómputo, junto con la empresa–), la verdad es que la situación, de alta inseguridad jurídica, urge un cambio legislativo. Y sí, ante la insoportable levedad del «ser jurisprudencial» (parafraseando la clásica novela de M. KUNDERA) de nuestro tiempo, o, si se prefiere, su extremo «ser líquido» (evocando la construcción exitosa del recientemente fallecido Z. BAUMAN), hiciera menor el interés de los operadores jurídicos por esa cuestión, seguramente estaríamos volcados sobre la posibilidad de que otro de los «pilares» de la jurisprudencia nacional (ordinaria y constitucional) se vengan abajo, como la calificación de improcedente del despido (objetivo o disciplinario) obediente a una causa de enfermedad (arts. 52 y 54 ET). De todos es ya suficientemente conocida, porque así se ha aireado ampliamente en prensa, publicándose con diligencia por el CGPJ, la [Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, de 23 de diciembre de 2016, rec. núm. 1219/2014](#). En ella, con el aval, o la excusa, según se mire, de la [STJUE de 1 de diciembre de 2016](#), se ha lanzado una «carga de profundidad» contra la línea de flotación de aquella jurisprudencia, al pretender arrumbarla promoviendo la calificación de tal despido como nulo. La consecuencia no sería solo la readmisión obligatoria sino una cantidad económica adicional en concepto de «indemnización reparadora del daño moral» y, además, de eficacia disuasoria *ex* artículo 183 de la [LRJS](#).

Para el juicio de los más exigentes y ortodoxos quizás tampoco esta manifestación se considerara suficientemente determinante de lo que ya es un nuevo tiempo jurídico, en el que, una nueva «élite jurídico-cultural» (término acuñado por Christopher LASCH) (jueces –y defensas legales– especialistas en Derecho de la Unión) se rebela abiertamente contra los que, en otro tiempo, fueron las máximas autoridades judiciales nacionales, la «élite jurídico-institucional» (los «tribunales de última palabra»), cuya autoridad se diluye gradualmente en un sistema de justicia multinivel. En tal caso, podríamos ilustrar bien la «verdad científica» de este nuevo modelo de control judicial difuso de la «constitucionalidad (comunitaria)» de las leyes de la Nación/Estado (pónganle las fronteras donde quiera cada uno/a), apelando a otras experiencias de futuro inmediato. Por ejemplo, el [Auto del Juzgado de lo Social n.º 30 de Barcelona, de 14 de abril de 2016, rec. núm. 2155/2013](#), que pregunta por la conformidad comunitaria de la jurisprudencia social que impediría aplicar al crédito laboral las garantías previstas para el crédito mercantil en las Directivas [2009/101/CE](#) y [2012/30/UE](#), en orden a la acción de responsabilidad por parte de los administradores, haciendo de peor condición a aquel respecto de este. Y podría seguir... pero no es esta nuestra pretensión aquí.

2. Con este monográfico de *Diálogos con la Jurisprudencia* (y doctrina judicial multinivel) pretendemos poner de manifiesto las principales novedades judiciales ofrecidas en el proceso, muy convulso, por precipitado e incierto, de recepción nacional de esa citada «trilogía sísmica» de sentencias del TJUE, que remueven todo el sistema de empleo público temporal español. Si el principal causante de este seísmo jurídico-laboral es la «[sentencia De Diego Porras](#)», no es el único, y las relevantes dos compañeras de viaje que la han acompañado no se quedan atrás en su trascendencia. A tal fin basta reseñar no ya solo el creciente número de sentencias en el orden

contencioso-administrativo nacional, de las que aquí damos cuenta (remito al sugerente *Diálogo del profesor Ignasi BELTRÁN DE HEREDIA*, uno de los principales analistas de esta nueva doctrina), sino el importante *Acuerdo Colectivo de la Mesa Sectorial de Sanidad en Andalucía*², de 19 de diciembre de 2016, entre el Servicio Andaluz de Salud (SAS) y los sindicatos y en virtud del cual se «estabilizarán» a más de 15.000 trabajadores interinos. La decisión política de proponer este Acuerdo colectivo no nació espontáneamente, sino que, reflejo de una lucha exitosa, obedece al poder sindical dado por el *praetor imperator* (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15) y su inmediato obediencia por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía/Sevilla.

Pero, como en el más célebre de los «oráculos» de la Grecia clásica, el de Delfos, ante la notable ambigüedad de «la palabra de sabiduría jurídica», el enredo judicial nacional lejos de aclararse se va enredando más y más. En un principio hubo una marcada convergencia en la precipitación por «obedecer» con el mayor de los celos la palabra auspiciada por el *imperator* comunitario, generalizando a todos los contratos la indemnización de 20 días/año de servicio. Pero la historia posterior es diferente, la del alumbramiento de las contradicciones, como por lo demás era más de esperar. Junto a las salas de suplicación social, todas convertidas ya en sugerentes, e inquietantes, aulas de experimentación u «observatorios de investigación y ensayo jurídico-laborales» (cualidad ameritada de forma pionera por la sala vasca) adherentes a la tesis del efecto máximo (como la asturiana y la gallega en relación con los indefinidos; para precisos comentarios sobre ellas, la autorizada pluma del *profesor Eduardo ROJO en el Diálogo* que nos ofrece en este Monográfico), emergen otras que marcan distancias, unas mayores que otras.

3. Más aún. Dentro de la propia sala de suplicación social más generosa –u obediente–, en tiempos y resultados, la vasca, ya comienzan a evidenciarse las primeras fisuras, emergiendo en su seno discrepancias que se formalizan en votos particulares (de ello ofrece un brillante *análisis el magistrado Juan Carlos BENITO BUTRÓN*, que nos da su particular visión de la situación resultante, apuntando su propia posición, más equilibrada, a mi juicio). Pero también emergen otras doctrinas de suplicación, donde las dudas se multiplican en un nivel muy superior, digno del más inquieto método cartesiano, hasta el punto de dedicar casi más espacio a expresar sus dudas que a resolverlas, optando por aplazar la decisión sobre el fondo a través de la excusa que propicia la cuestión procesal: «respetemos la congruencia por encima de todas las cosas, aunque renunciemos a la efectividad», nos viene a decir la *STSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 2016*, con un nutrido y sugerente voto particular. Si esta doctrina social mayoritaria, por una pírrica diferen-

² Vid. «Mesa Sectorial. CESIF firma el Acuerdo de estabilización en el empleo de 15.000 eventuales», en *www.csif.es*. Por cierto, y dicho sea de paso, en esa misma Mesa Sectorial se dio la conformidad con el borrador de Decreto por el que se modifica el Decreto 175/1992, de 29 de septiembre, sobre materia retributiva y condiciones de trabajo del personal de centros e instituciones sanitarias del Servicio Andaluz de Salud, a fin de regresar a las 35 horas; como se conoce, la *STSJ del País Vasco, Sala contenciosa, de 20 de diciembre de 2016 (rec. núm. 155/2016)*, anuló una medida similar por falta de rango legal para los empleados públicos vascos; pero esta es otra batalla judicial de la que nos haremos eco en otro momento

cia de «votos», sugiere que es «imposible» para el juez nacional llevar a cabo una interpretación conforme de la [Directiva](#) comunitaria con el [artículo 49.1 c\) del ET](#), por lo que solo será posible conseguir el efecto de imperio de la norma comunitaria sobre la nacional en las relaciones entre particulares a partir del derecho-principio a la no discriminación *ex* artículo 21 de la [Carta comunitaria de derechos fundamentales](#), la sala malagueña de suplicación social dirá que, siendo imposible la interpretación de conformidad, resulta igualmente inadecuado, desde la jurisprudencia comunitaria, dejarlo inaplicado. En definitiva, la sala malagueña y la catalana parecen coincidir en un «frente de doctrina judicial» que contradice la opción de «política judicial del Derecho del Trabajo» en esta materia, tanto por razones procesales cuanto, y esto es más importante, por razones sustantivas –ausencia de eficacia directa entre particulares–.

Por si fuese poco este cúmulo de críticas, discrepancias y contradicciones de doctrina judicial, en un contexto de deliberado abstencionismo del Tribunal Supremo (el [comentario de la STS de 7 de noviembre de 2016 por el profesor Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO](#) explica, con la extrema solvencia que le caracteriza, las razones de ello, aunque, personalmente sigue sin convencerme la decisión de la –otrora– máxima autoridad judicial nacional ordinaria de ignorar por completo, como la sala catalana, el principio de efectividad), o quizás por la mayor conciencia de la complejidad del problema y las dificultades para hallar la mejor solución, otras salas han decidido volver a preguntar a la máxima autoridad comunitaria. En la duda, mejor volver a viajar a la ciudad de Luxemburgo para hallar las respuestas a los enigmas que genera el laberinto del empleo temporal en España. Es el caso de la sala gallega respecto del contrato de relevo (al que se destina otro [Diálogo de este Monográfico](#)); aunque ya preguntará por cuestiones más generales, lo que la hace interesante para despejar, quién sabe con el oráculo comunitario, algunos de los muchos interrogantes creados al respecto y que nos conducen a un auténtico laberinto judicial.

Cierto, ante tanta convulsión judicial, y ante la constatación inequívoca de una práctica de contratación laboral nacional que sigue anclada en la desmesura, la mayoría comienzan a volver su mirada hacia el legislador, para que sea el que, desde su poder de autoridad interna, si bien de soberanía nacional limitada ante el poder de imperio del Derecho de la Unión, nos ofrezca la aurora de una solución convincente, coherente y virtuosa, para todos los intereses en juego. Pero, también algo perdido en el laberinto, y quizás temeroso de qué efectos tendrá una solución no consensuada en la conducta del «Minotauro» del empleo temporal español, parece inmovilizado, de manera que la prometida solución a un mes vista se retrasa, y ha incluido ya en notable mora. El encallamiento de la «Comisión de expertos» designada para dar este ovillo o «hilo de Ariadna» que nos saque del laberinto con la palabra legislativa más sabia, mantiene al jurista del trabajo, en todas sus vertientes, enfrentado a una afanosa búsqueda de la respuesta para salir del laberinto.

Precisamente, este Monográfico de *Diálogos* pretende ayudar a encontrar la salida, a desenredar la madeja y hallar el hilo de Ariadna en materia de indemnización por terminación de los contratos temporales, ofreciendo el análisis, breve, pero muy fluido y claro, de máximo rigor en todo caso, de cuatro de los especialistas más señeros en esta materia, y a los que ya he hecho alusión a lo largo de esta presentación. Ahora solo me queda darles las gracias, en mi nombre y en el de la Revista, por la valiosísima colaboración que representan para nosotros. En espera, e incluso

más allá, de la palabra del Tribunal Supremo en su día, y del Legislador, tengo la confianza de que el lector verá reconfortado su esfuerzo y no sentirá la angustia reflejada por el gran escritor/poeta enfrentado al Minotauro de su laberinto vital, reflejándolo en este hermoso, pero descarnado soneto atribuido a Jorge Luis BORGES:

Encorvados los hombros, abrumado
por su testa de toro, el vacilante
Minotauro se arrastra por su errante
laberinto. La espada lo ha alcanzado

y lo alcanza otra vez. Quien le dio muerte
no se atreve a mirar al que fue toro
y hombre mortal, en un ayer sonoro
de hexámetros y escudos y del fuerte

batallar de los héroes. Ilusoria
fue tu aventura, trágico Teseo
de la bifronte sombra la memoria

no ha borrado las aguas el Leteo.
Sobre los siglos y las vanas millas
esta da horror a nuestras pesadillas.

Soneto I

Cristóbal Molina Navarrete
Director



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0